



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 83

24.09.2012

Hans Michael Heinig:

Solidarität im föderalen Verbund:

Rückwirkungen auf den Status des Bürgers und seiner Rechte

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



Der Beitrag geht auf einen Vortrag des Verfassers am 11. Mai 2012 bei der Europarechtkonferenz „In Vielfalt geeint – Wieviel europäische Solidarität? Wieviel nationale Identität?“ zurück, die am 10. und 11. Mai 2012 in Berlin stattgefunden hat. Der Tagungsband zur Konferenz wird demnächst unter gleichlautendem Titel im Mohr Siebeck Verlag erscheinen und den vorliegenden Beitrag enthalten.

Solidarität im föderalen Verbund: Rückwirkungen auf den Status des Bürgers und seiner Rechte

I. Einleitung: Zum Verhältnis von transnationaler Solidarität und bürgerschaftlicher Verbundenheit

Das Konzept der Unionsbürgerschaft war von Anfang an mit einem teleologischen Überschuss versehen. Es war Teil eines europäischen Verfassungsdiskurses, Horizont für Finalitätsvorstellungen, sinnstiftendes Element einer fortschreitenden europäischen Integration. Bürgerschaftsdiskurs, Konstitutionalisierungsdiskurs und der Diskurs über fragmentierte und kompositale, nationale und europäische Identitäten stützten und verstärkten sich wechselseitig.

Früh wurden auch Wechselbeziehungen zwischen einer demokratisch bestimmten und einer sozialpolitischen Bürgerschaft im Übergang zu einer europäischen Föderation identifiziert. Ich darf an drei einschlägige Publikationen von Jürgen Habermas erinnern. Dieser forderte 1998 unter der Überschrift „Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie“ einen durch eine europäisierte demokratische Öffentlichkeit vermittelten Lernprozess, der „zu einer europäisch erweiterten Solidarität von Staatsbürgern führen soll“¹, der, mit anderen Worten, die „auf den Nationalstaat beschränkte staatsbürgerliche Solidarität ... auf die Bürger der Union derart“ ausdehnt, „daß beispielsweise Schweden und Portugiesen bereit sind, *füreinander* einzustehen“².

Nur wenige Jahre nach dem Ausrufen der postnationalen Konstellation schlug Habermas in dem Langessay „Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?“ (2004) einen skeptischeren Ton an. Staatsbürgerliche Solidarität wird nun als ein Phänomen wahrge-

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Kirchenrecht und Staatskirchenrecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ J. Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, 1998, S. 150.

² J. Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, 1998, S. 150.

nommen, das nicht „beliebig über die Grenzen des Nationalstaates hinaus erweitert werden kann“³.

2012 schließlich postulierte Habermas in dem Aufsatz „Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – ein Essay zur Verfassung Europas“, dass mit der fortschreitenden Konstitutionalisierung der EU die „Solidarität von [s.c.: europäischen] Bürgern, die bereit sind füreinander einzustehen, gewissermaßen mitwachsen“ muss. Habermas knüpft in dem Beitrag an Vorstellungen geteilter Souveränität zwischen Mitgliedstaaten und Union an, die sich in der Doppelrolle von Staatsbürger und Unionsbürger legitimierungstheoretisch rekonstruieren lassen. Vor diesem Hintergrund heißt es bei Habermas: „Die Gesamtheit der Unionsbürger kann sich die Souveränität mit den Völkern der nach wie vor gewaltmonopolisierenden Mitgliedstaaten nur dann effektiv teilen, wenn auch die nationale Bürgersolidarität einem Formwandel unterliegt.“ Habermas bemüht in seinen neuesten Überlegungen ausgerechnet die Kategorie des Opfers und der Opferbereitschaft – freilich nicht bellizistisch, sondern welfaristisch verstanden. Die Finanzmarkt- und Fiskalkrise stimuliere, so seine Hoffnung, Lernprozesse, die zu einer supranationalen Ausdehnung der staatsbürgerlichen Solidarität führen.

Man könnte pointieren: mit den vielfältigen Maßnahmen der Europäischen Union zur Bewältigung der Staatsschuldenkrise in einigen ihrer Mitgliedstaaten scheint der Habermasianische Traum von einer Solidarität der Schweden mit den Portugiesen nun endlich Wirklichkeit zu werden. Liest man den von Habermas zuletzt veröffentlichten Einwurf zum europäischen Verfassungsdiskurs genau, bleibt dort allerdings manches unklar. So stellt sich mit Dringlichkeit die Frage, ob der Formwandel der Solidarität, den Habermas beschwört, Ausdruck einer staatstranszendierenden solidaritätsstiftenden unionsbürgerlichen Partikularidentität sein soll oder nicht vielmehr nur eine Etappe auf dem Weg zur „politisch verfassten Weltgesellschaft“, dem von Habermas angebotenen Narrativ zwecks geschichtsphilosophischer Nobilitierung der EU. In der imaginierten Weltrepublik sollen nach der Blaupause des Frankfurter Praeceptor Germanii Verteilungskonflikte jedoch gerade nicht in einem Weltparlament der Vereinten Nationen auf der Grundlage eines kosmopolitischen Weltbürgerrechts, sondern in intergouvernemental konzipierten Wohlfahrtsregimen ausgetragen werden. Hier scheint im Hintergrund weiterhin erkennbare Skepsis gegenüber allzu optimistischen Annahmen durch, man könne staatsbürgerliche Solidarität auf transnationale Kontexte ohne Weiteres übertragen.

Inwieweit ist eine solche Skepsis aber angemessen? Und warum sollen sich die supranationale Union und die „Weltinnenpolitik“ der kosmopolitischen Gemeinschaft unterscheiden? Oder steht vielleicht (mit Habermas gegen Habermas) nicht auch die unionsbürgerliche Solidarität auf tönernen Füßen?

³ J. Habermas, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ders., Der gespaltene Westen, 2004, S. 113 (137).

Um diesen Fragen nachgehen zu können, lohnt sich eine nähere verfassungstheoretische Betrachtung des Solidaritätsbegriffs. Auf der Grundlage soll dann im Weiteren das Verhältnis von Unionsbürgerschaft und Solidarität am Beispiel derivativer Teilhaberechte an steuerfinanzierten Sozialleistungen kurz skizziert werden. Abschließend soll dann am Beispiel des deutschen SGB II nachgezeichnet werden, welche rechtlichen Folgefragen aus dem vom EuGH entwickelten unionsbürgerlichen Teilhabeanspruch in der deutschen Rechtsordnung resultieren.

Der Beitrag ist bewusst komplementär zu den Ausführungen von Frau Generalanwältin Sharpston angelegt.⁴ Die Rechtsprechung des EuGH wird nur kurz behandelt, der Schwerpunkt liegt einerseits auf einer höheren Abstraktionsstufe, andererseits im Kleingedruckten des deutschen Sozialrechts.

Werfen wir also zunächst einen näheren Blick auf das Phänomen der „Solidarität“.

II. Solidaritätsgenerierung und Solidaritätsverbrauch: Solidarität als mehrdimensionales verfassungstheoretisches Konzept

Jede verteilungspolitische Auseinandersetzung wird durch Solidaritätsrhetorik geprägt.⁵ Sozial- wie Rechtswissenschaftler sehen in modernen Wohlfahrtsregimen „die moderne kollektive Institutionalisierung der Solidarität“ (*Manfred Pirsching*),⁶ sie sind „das Mittel, dessen sich die Bürger bedienen, um ihre Solidarität zu organisieren“ (*Uwe Volkmann*)⁷.

Auf den zweiten Blick fordert der Begriff der Solidarität jedoch allerlei Klärungen. Denn Solidarität kennt mehrere Modi und damit korrelierende normative Verpflichtungsgründe.⁸ Zumindest drei Dimensionen der Solidarität wären zu unterscheiden:⁹ Solidarität als Eintreten für die Schwachen, Solidarität als wechselseitige Verpflichtung in einer bestimmten

⁴ Siehe den Beitrag von Generalanwältin Eleanor Sharpston „European Citizenship and Social Rights? – The View of the Advocate Generals and the ECJ“ im noch erscheinenden Tagungsband zur Europarechtskonferenz.

⁵ Der folgende Abschnitt lehnt sich an Ausführungen in *H. M. Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, S. 120 ff. an.

⁶ *M. Pirsching*, *Solidarität*, in: S. Lessenich (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaatliche Grundbegriffe*, 2003, S. 157 (178); vgl. a. *F.-X. Kaufmann*, *Sozialstaatliche Solidarität und Umverteilung im internationalen Wettbewerb*, in: ders., *Sozialpolitik und Sozialstaat*, 2. Aufl. 2005, S. 319 (323); *T. Tragl*, *Solidarität und Sozialstaat*, 2000; ähnlich *U. K. Preuß*, *Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates*, in: C. Sachße/H. T. Engelhardt (Hrsg.), *Sicherheit und Freiheit*, 1990, S. 106 (118): „Institutionalisierung von Zwangssolidarität“.

⁷ *U. Volkmann*, *Solidarität*, 1998, S. 335.

⁸ Vgl. a. *H. F. Zacher*, *Das soziale Staatsziel*, in: *HStR*, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, S. 659 (777 f.); *H.-W. Bierhoff/B. Küpers*, *Das „Wie“ und „Warum“ von Solidarität*, in: *Ethik und Sozialwissenschaften* 1999, S. 183 ff.; *T. Tragl*, *Solidarität und Sozialstaat*, 2000, S. 33 ff.; *H. Brunkhorst*, *Ist die Solidarität der Bürgergesellschaft globalisierbar?*, in: ders./M. Kettner (Hrsg.), *Globalisierung und Demokratie*, 2000, S. 274 ff.

⁹ *H. Bedford-Strohm*, *Art. Solidarität, Solidaritätsprinzip*, in: *Ev. Soziallexikon*, Neuausgabe 2001, Sp. 1418 (1419).

Bezugsgruppe und Solidarität als Chiffre für gesamtgesellschaftlichen Zusammenhalt, der über die funktionale Inklusion hinausgeht. Zudem müsste man zwischen den Realisierungsformen solcher Solidarität unterscheiden. Dann steht ein rechtlich-bürokratischer Organisationstypus einer eher emotional motivierten individuellen Haltung gegenüber;¹⁰ in Umkehrung der von *Emile Durkheim* eingeführten Terminologie könnte man von mechanischer und organischer Solidarität,¹¹ im Anschluss an *Jürgen Habermas* von systemisch organisierter und lebensweltlicher Solidarität sprechen.¹² Auf dieser Unterscheidung beruht dann auch der scheinbar widersprüchliche Befund, dass es, zieht man die Sozialquote der OECD-Staaten als Indikator heran, noch nie so viel „Solidarität“ wie heute gegeben hat, andererseits aber gemeinhin eine zunehmende Entsolidarisierung der Gesellschaft infolge von Prozessen der Ökonomisierung und Individualisierung beklagt wird.¹³ Denn Solidarität bildet ebenso einen „emotionalen Leitbegriff“ wie eine „bürokratische Pragmatik“.¹⁴

Schauen wir uns die drei Typen von Solidarität deshalb etwas genauer an.

1. Die lange Tradition der *Solidarität mit den Schwachen* hat starke christliche Wurzeln; im Laufe der Zeit wurde sie aber auch durch säkular(isiert)e, aus der Arbeiterbewegung und der bürgerlich-zivilgesellschaftlichen Tugendlehre stammende Sinngehalte angereichert. Solidarität mit den Schwachen ist ebenso Ausdruck der Nächstenliebe, einer freundlichen Gesinnung gegenüber Mitmenschen wie der Verbundenheit durch die einen gemeinsamen Erlebnishorizont aufspannende Konstruktion von Opferidentitäten (Arbeiterschicht, Proletariat, Gemeinschaft der Unterdrückten und Geschundenen). Sie ist die persönliche Reaktion auf ein miterlebtes oder mitgefühltes Skandalon: der Armut, der Demütigung, des Schmerzes.

Für den Sozialphilosophen *Richard Rorty* wurzelt diese Form der Solidarität gerade nicht in einem universalistischen Ansatz (dem Wiedererkennen des menschlichen Selbst im

¹⁰ Eine frühe soziologische Analyse dieser beiden unterschiedlichen Modi findet sich bei *G. Simmel*, Zur Soziologie der Armut, in: ders., Aufsätze und Abhandlungen 1901-1908, Bd. 2, 1993, S. 24 (29 ff, 36 ff.); „Die Linderung der subjektiven Not ist für das Gefühl ein so kategorischer Selbstzweck, daß sie aus dieser letztinstanzlichen Stellung zu entthronen und sie zu einer bloßen Technik für die übersubjektiven Zwecke zu einer Sozialeinheit zu machen, ein äußerster Triumph dieser letzteren ist, ein Distanznehmen zwischen ihm und dem Individuum, das, bei aller Unauffälligkeit nach außen hin, durch seine Kühle und seinen Abstraktionscharakter prinzipieller und radikaler ist, als Aufopferungen des Individuums für die Gesamtheit, bei denen Mittel und Zweck in *eine* Gefühlsreihe verbunden zu sein pflegen.“ (S. 29 f.).

¹¹ *E. Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung (1893), 1988.

¹² *J. Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1988, S. 171 ff.

¹³ *M. Pirsching*, Solidarität in der Moderne, in: Journal für Sozialforschung 32 (1992), S. 267 ff.; ders., Das Ende der Solidarität?, in: O. Kimminich u.a. (Hrsg.), Mit Realismus und Leidenschaft, 1993, S. 102 ff.

¹⁴ *K.-H. Metz*, Solidarität und Geschichte, in: K. Bayertz (Hrsg.), Solidarität, 1998, S. 172 (191).

Anderen), sondern ist von partikularen Konstruktionen des Wir abhängig.¹⁵ Die sozialwissenschaftliche Forschung zur Solidarität bestätigt Rortys These der partikularen Verwurzelung solidarischer Lebensvollzüge in gewissem Maße. Räumliche Nahereignisse motivieren eher zu solidarischem Handeln als in der Ferne verortete Not; als gemeinsames Schicksal wahrgenommene Situationen erhöhen die Solidaritätswahrscheinlichkeit; individueller Wohlstandsgewinn, also die Erweiterung der faktischen Solidarisierungsmöglichkeiten, reduziert in der Regel die Bereitschaft hierzu.

2. In fließendem Übergang zu dieser Solidarität mit den Schwachen lässt sich ein zweiter Typus von Solidarität, die *Gruppensolidarität*, identifizieren. Letztere kann auch Ausdruck zweckrationalen Handelns sein. Gruppensolidarität zeichnet sich durch Reziprozität aus – wechselseitige genossenschaftliche Hilfe. Alle Versichertengemeinschaften stehen für dieses Modell.¹⁶ Diese Form der Solidarität gründet in der Aussicht auf einen Kooperationsgewinn. Die empirische Forschung weist nun darauf hin, dass zwischen Gruppengröße und Effektivität des Solidaritätsverbundes eine signifikante Korrelation besteht. Je größer die Gruppe ist, desto instabiler wird das solidaritätskonforme Verhalten („free rider-Problem“).¹⁷

Die Institutionalisierung und Verrechtlichung von Solidaritätsbeziehungen baut dieser Problematik in gewisser Hinsicht vor. Sie verstärkt sie aber ebenso durch die Anonymisierung und Mediatisierung der Reziprozitätsbeziehungen. Solidarität verliert ihre alltagsweltliche Anschaulichkeit.¹⁸

3. Mit Herrschaftsgewalt organisierte Solidarität in der „Massengesellschaft“¹⁹ steht also vor dem Problem, wie sich funktionierende, d.h. eben auch allgemein akzeptierte und gegen „parasitäre“²⁰ Aushöhlung halbwegs resistente Solidaritätsbeziehungen in modernen Gesellschaften aufbauen und erhalten lassen. Eine auf den ersten Blick nicht unplausible und

¹⁵ Rorty illustriert diese Spitzenthese durch den Befund, daß Juden zur Zeit des 2. Weltkrieges in Ländern mit schwachen kollektiven Identitäten geringere Aussichten hatten, von ihren Nachbarn vor der Deportation gerettet zu werden.

¹⁶ Vgl. in diesem Zshg. insb. *F. Ewald*, Die Versicherungs-Gesellschaft, in: KJ 1984, S. 385 (387 ff.); *ders.* Der Vorsorgestaat, 1993, S. 433 ff., insb. 449 ff.

¹⁷ *M. Pirsching*, Solidarität, in: S. Lessenich (Hrsg.), Wohlfahrtsstaatliche Grundbegriffe, 2003, S. 157 (164 ff.); *ders.*, Bilder des Wohlfahrtsstaates, 1996, S. 65 ff.; siehe bereits *E. Durkheim*, Physik der Sitten und des Rechts (1890-1900), 1999, S. 17 f.

¹⁸ *U. Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 128 f.; vgl. auch *M. Heinze*, Grund und Mißbrauch der Solidarität im System der sozialen Gerechtigkeit, in: J. Isensee (Hrsg.), Solidarität in Knappheit, 1998, S. 67 (80 ff.).

¹⁹ Zur Problematik transnationaler Solidarität hingegen *U. K. Preuß*, Nationale, supranationale und internationale Solidarität, in: K. Bayertz (Hrsg.), Solidarität, 1998, S. 399 ff.; *W. Kersting*, Internationale Solidarität, ebenda, S. 411 ff.; *H. Brunkhorst*, Solidarität, 2002, S. 139 ff.

²⁰ Der historisch-politisch belastete Terminus sei hier im sozialphilosophischen Sinne von *M. Serres*, Der Parasit, 2. Aufl. 1984, gebraucht.

auch weit verbreitete Antwort liegt darin, nicht nur auf die integrative Funktion formal organisierter Strukturen wie der rechtlich programmierten Wohlfahrtsverwaltung zu bauen, sondern auch auf eine gesellschaftsintegrative Solidarität als Ausdruck einer spezifischen inneren Verbundenheit der Bürger, die der rechtlich-bürokratisch organisierten Solidarität vorgelagert ist und über diese hinausführt.

Die Selbsterhaltung einer mit den Kulturtechniken der Bürokratie (Recht und Geld) realisierten Solidarität ist auch unter den Bedingungen moderner Gesellschaften von dieser gesellschaftsintegrativen Solidarität zu einem gewissen Grad abhängig. Zugleich aber, und dies ist eines der weichen Paradoxien jeder Solidaritätspolitik, stellt mit Herrschaftsgewalt organisierte Solidarität die Generierungsbedingungen einer solchen gesellschaftsintegrativen Solidarität in Frage. Denn gesellschaftsintegrative Solidarität fällt nicht vom Himmel. Entgegen *Emile Durkheim* wirkt das Gefühl wechselseitiger Abhängigkeit infolge von Prozessen hochausdifferenzierter Arbeitsteilung in modernen Gesellschaften nicht automatisch solidaritätsgenerierend.²¹ Auch der unter Verfassungsjuristen und Politikern beliebte Verweis auf die soziale Integrationskraft gemeinsam geteilter Werthaltungen steht auf schwachen Beinen, da kulturelle Homogenität in hochausdifferenzierten Gesellschaften in der Regel Mangelware ist. Gesellschaftsintegrative Solidarität ist in modernen Gesellschaften notwendig eine Solidarität in der Differenz.²² Die Gründe für die Ausbildung gesellschaftsintegrativer Solidaritätsmentalitäten sind diffus. Aspekte kulturell erlebter Verbundenheit (vermittelt über Kategorien wie Staatszugehörigkeit, lokales und regionales Mitbürgertum) sind hier ebenso zu nennen wie zweckrationale Überlegungen sowie die vielfältigsten lebensweltlich verwurzelten moralischen, religiösen und ethischen Motive. Sucht man nun solche Schnittmengen kulturell fluider Wertorientierungen durch Verrechtlichung auf Dauer zu stellen, schlägt dies auf die Sphäre lebensweltlicher Solidarität und damit auch auf das Gesamtpaket gesellschaftsintegrativer Solidarität zurück. Systemische und lebensweltliche Solidarität stehen sozialtheoretisch betrachtet in einem Ergänzungsverhältnis; sie lassen sich wechselseitig nicht beliebig substituieren. Die institutionalisierte, systemisch strukturierte Solidarität ist bis zu einem gewissen Grad auf das Vorhandensein unmittelbarer bürgerlicher Solidarität angewiesen und verbraucht diese; zugleich aber lässt sich das knappe Gut lebensweltlicher Solidarität nicht beliebig vermehren.

4. Was heißt das alles nun für die Herausforderungen einer bürgerschaftlich- europäischen Solidarität?

²¹ *E. Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung (1893), 1988; hierzu auch *A. Göbel/E. Pankoke*, Grenzen der Solidarität, in: K. Bayertz (Hrsg.), Solidarität, 1998, S. 463 (485 ff.).

²² Vgl. a. *H. T. Engelhardt*, Solidarität: postmoderne Perspektiven, in: K. Bayertz (Hrsg.), Solidarität, 1998, S. 430 ff.; *U. K. Preuß*, Solidarität unter den Bedingungen von Vielfalt, in: J. Bizer/H.-J. Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, 1998, S. 125 ff., dessen harmonistische Deutung der Solidarität als gelungene „Verknüpfung von moralischen Pflichten mit dem Prinzip der Legalität“ (S. 130) den Pressionen und Ambivalenzen freilich nicht ganz gerecht wird.

Dem aufmerksamen Leser ist hoffentlich aufgefallen, dass ich die Begriffe „Volk“ und „Staat“ nach Möglichkeit vermieden habe. Die hier angestellten Beobachtungen treffen supranational angeleitete Umverteilungssysteme ebenso wie nationalstaatlich verfasste. Gleichwohl dürfte empirisch die Beobachtung zutreffen, dass die lebensweltliche Solidarität aller Deethnisierung des Volksbegriffs und aller differenztheoretischen Ziselierung gesellschaftsintegrativer Solidarität zum Trotz jenseits des Nationalstaates gegenwärtig deutlich schwächer ausgebildet ist als innerhalb staatlich verfasster Gemeinschaften. Ontologisierungen sind natürlich fehl am Platz: In dem Maße, wie die EU von den Bürgern selbst als „Schicksalsgemeinschaft“ gedeutet wird, können sich verdichtete transnationale Solidaritätsformen ausbilden. Doch der Prozess ist kontingent und bleibt prekär. Ohne hinreichende Schonung herkömmlicher Solidaritätsformen droht somit gegenwärtig immer auch die Gefahr einer destruktiven Entsolidarisierungsspirale infolge überspannter technokratischer Solidaritätszumutungen durch die EU.

III. „... eine bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen dieses Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten ...“ (EuGH Rs. Collins) – unionsbürgerliche Teilhabeanprüche an steuerfinanzierten Sozialleistungen in den Mitgliedstaaten

Auf diese Weise solidaritätstheoretisch aufgeklärt, können wir uns nun in einem zweiten Schritt der Rechtsprechung des EuGH zu derivativen Teilhaberechten von Unionsbürgern an steuerfinanzierten Sozialleistungen zuwenden.²³ Denn in dieser Rechtsprechung spielen solidaritätstheoretische Überlegungen teils explizit, teils implizit eine wichtige Rolle – und zwar auf der Begründungsebene wie auf der Begrenzungsebene.

1. Der EuGH dynamisierte bekanntlich (zunächst in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot) die Unionsbürgerschaft (gegenläufig zum erkennbaren Willen des europäischen Gesetzgebers) zu einem weitreichenden derivativen Teilhaberecht an steuerfinanzierten Sozialleistungen gegenüber Aufnahme- und Herkunftsstaaten bei der Binnenmigration im Unionsraum.²⁴

Das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger wird als unmittelbar anwendbare Norm begriffen, die nur nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden kann und deren Anwendungsbereich durch die Verknüpfung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot weit bestimmt wird. Bereits durch die Ausübung der Freizügigkeit selbst wird der sachliche Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet und damit zugleich das Verbot der

²³ Zu weiteren Facetten der Solidarität im Europarecht siehe neben den Beiträgen in diesem Band grundlegend C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999; aus jüngerer Zeit etwa ders., Das europäische Solidaritätsprinzip und die Krise des Euro, in: Forum Constitutionis Europae 01/11, S. 9 ff. (www.whi-berlin.eu/FCE_2011.html).

²⁴ Im Überblick m.w.N. H. M. Heinig, Europäisches Sozialverwaltungsrecht, in: J. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, S. 1115 (1132 ff.).

Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aktiviert. Denn der „Unionsbürgerstatus solle bestimmungsgemäß der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sein, die, wenn sie sich in der gleichen Situation befinden, aufgrund dieses Status ... unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung haben.“²⁵ Für den Zugang von die Freizügigkeit nutzenden Unionsbürgern zu steuerfinanzierten Sozialleistungen hat diese Rekonstruktion des Normgehaltes von Art. 21 i.V.m. Art. 18 AEUV durch den EuGH weitreichende Konsequenzen: es bestehen dem Grunde nach sowohl derivative Leistungsansprüche gegenüber den Herkunftsstaaten als auch gegenüber den Aufnahmestaaten.

In der Gesamtschau der Rechtsprechung zeigt sich auf der Begründungsebene ein wohlvertrautes Muster: Anknüpfungspunkte für eine Anwendung des Europarechts werden extensiv gehandhabt; die einzelnen Begründungsfiguren der EuGH-Entscheidungen lösen sich von ihrem Fallkontext und führen ein Eigenleben.

2. Die durch diese Rechtsprechung ausgelöste entgrenzende Dynamik im Zugang zu steuerfinanzierten Sozialleistungen wird durch den EuGH durch das Übermaßverbot sowie weitere Restriktionen wieder eingehegt. Auch dies stellt ein für das Europäische Sozialrecht vertrautes Muster dar. Der EuGH erkennt an, dass ein gewisser Schutz vor einer gezielten Migration in steuerfinanzierte, niedrighschwellig erreichbare Sozialleistungen und von bestimmten Formen der historisch imprägnierten Gruppensolidarität (bspw. die Entschädigung von Opfer kommunistischer Gewaltherrschaft) im Grundsatz auch europarechtlich berechtigt ist, behält sich aber eine fallgruppenbezogene Prüfung der Einzelfälle vor. Die Kasuistik ist inzwischen konsolidiert, sie wurde mit der Unionsbürgerrichtlinie kodifiziert, Details sind aber weiter im Fluss.

Besonders heikel war und ist dabei die Frage, inwieweit sich Aufnahmestaaten vor sog. „Welfare Magnets“-Effekten²⁶ schützen dürfen und ob dafür auch aufenthaltsbeendende Maßnahmen zulässig sind. Der EuGH hat mit seiner Rechtsprechung das Aufenthaltsrecht und die derivative Leistungsberechtigung – entgegen der ursprünglichen Intention des europäischen Gesetzgebers – entkoppelt: es sei den Mitgliedstaaten grundsätzlich unbenommen, einer übergebürlichen Belastung durch Binnenmigration in ihre Sozialsysteme, insbesondere ihre Sozialhilfe, entgegenzuwirken. Sie könnten deshalb Maßnahmen zur Beendigung des Aufenthalts von Unionsbürgern einleiten, wenn diese Sozialhilfe in Anspruch nehmen, so der EuGH vordergründig. Als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgebotes dürfe die Aufenthaltsbeendigung in solchen Fällen jedoch keinen Automatismus bilden.²⁷

²⁵ EuGH, Slg. 2002, I-6191 Rn. 28 (d’Hoop); ähnlich EuGH, Slg. 2001, I-6193 Rn. 31 (Grzelczyk); EuGH, Slg. 2005, I-2119 Rn. 31 (Bidar).

²⁶ Zum Begriff näher A. Graser, *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?*, 2001, S. 27 ff.

²⁷ Etwa EuGH, Slg. 2001, I-6193 Rn. 43 (Grzelczyk).

Solange sich der Unionsbürger zudem rechtmäßig im Aufnahmestaat aufhält, greife das Diskriminierungsverbot ohne Einschränkungen. Die aufenthaltsrechtliche Relevanz der sozialen Bedürftigkeit stelle das derivative Leistungsrecht mithin nicht in Frage.²⁸

Auf die Frage, nach welchen Kriterien sich das Übermaßverbot bei der Beendigung des Aufenthalts von Unionsbürgern wegen Inanspruchnahme von Sozialleistungen bemisst, finden sich unterschiedlich akzentuierte Antworten in der Rechtsprechung des EuGH:²⁹ im Grzelczyk-Urteil heißt es, dass die Aufenthaltsberechtigten die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates nicht über Gebühr belasten dürften, woraus sich im Umkehrschluss „eine bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen dieses Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten“ ergebe.³⁰

Diese Solidarität greife insbesondere, wenn die Schwierigkeiten des Aufenthaltsberechtigten nur vorübergehender Natur sind. Entscheidend sind demnach für den EuGH also Solidaritätserwägungen im Hinblick auf den konkreten Einzelfall.³¹

Anders argumentiert der Gerichtshof hingegen in der Rechtssache Bidar, wenn er nicht auf die individuellen Umstände abstellt, sondern auf die objektiven Wirkungen der derivativen Teilhabe insgesamt. Es stünde den Mitgliedstaaten frei, darauf zu achten, dass der Einbezug von die Freizügigkeit nach Art. 18 EG nutzenden Unionsbürgern „nicht zu einer übermäßigen Belastung wird, die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben könnte, die dieser Staat gewähren kann.“³² Entsprechende Ausführungen finden sich in den meisten einschlägigen Folgeentscheidungen. Bezieht man die Rechtsprechung zu Ansprüchen gegenüber dem Herkunftsstaat mit ein, lässt sich als ein anerkanntes Differenzierungskriterium jedenfalls die Forderung nach einer hinreichenden Verbundenheit mit dem in Anspruch genommenen Mitgliedstaat, sei es der Herkunftsstaat, sei es der Aufnahmestaat, identifizieren.

3. In der Gesamtschau bildet diese hier nur knapp skizzierte Entwicklung in der europäischen Rechtsprechung und Gesetzgebung bereichsspezifisch die das europäische Sozialrecht teilbereichsübergreifend prägenden Strukturprinzipien der Permeabilität und Portabilität ab:³³ Sozialleistungen sollen grenzüberschreitend mitgenommen oder die Migration in sie hinein ermöglicht werden. Zugleich sollen die mitgliedstaatlichen Ausformungen des europäischen Sozialmodells aber erkennbar durch die Europäisierung des Sozialrechts nicht unterspült werden.

²⁸ Etwa EuGH, Slg. 2004, I-7573 Rn. 40 ff. (Trojani).

²⁹ Zur Diskussion auch C. Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 407 ff.;

³⁰ EuGH, Slg. 2001, I-6193 Rn. 44 (Grzelczyk).

³¹ So auch der 16. Erwägungsgrund der Freizügigkeitsrichtlinie; vgl. auch C. Schönberger, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, in: ZAR 2008, S. 226 (228).

³² EuGH, Slg. 2005, I-2119 Rn. 56 (Bidar); ebenso EuGH, Slg. 2008, I-8507 Rn. 48 (Förster).

³³ Näher H. M. Heinig, Europäisches Sozialverwaltungsrecht, in: J. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, S. 1115 (1124 ff.).

Begriff und Konzept der Solidarität spielen hierbei eine wichtige Rolle: die Unionsbürgerschaft wird vom EuGH im Ansatz als staatsbürgerschaftsanaloge Solidaritätsform begriffen („bestimmte finanzielle Solidarität“). Diese Solidarität wird gelegentlich als Rücksicht auf Einzelschicksale durchdekliniert („nur vorübergehender Hilfsbedarf“). Zugleich aber wird der Solidaritätsgrundsatz begrenzend in Stellung gebracht: Die unionsbürgerliche Solidarität wird zur staatsbürgerlichen Solidarität abgestuft, wenn auf die Leistungsfähigkeit staatlich verfasster Solidargemeinschaften und mittelbar damit zugleich auf die Bedingungen gesellschaftsintegrativer Solidarität Rücksicht genommen wird. Schließlich werden Solidaritätsbeziehungen fluide gezeichnet: man kann in sie durch Zeitablauf, durch lebensweltliche Ver- und Entwurzelung hinein- und hinauswachsen (Kriterium der hinreichenden Verbundenheit).

IV. Kleines Karo: Ist § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II europarechtswidrig?

So klar sich Strukturprinzipien und ihre solidaritätstheoretischen Fundamente im Grundsätzlichen herausarbeiten lassen, so schwierig wird freilich die Grenzziehung im Detail. Die Schwierigkeiten, den unionsbürgerlichen Teilhabeanspruch im Lichte legitimer Begrenzungen genau zu konturieren, soll abschließend am Beispiel des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II veranschaulicht werden.

Dazu muss ich etwas weiter aushohlen und die Grundzüge der Freizügigkeitsrichtlinie vorstellen:

Die Richtlinie sieht für unterschiedliche Personengruppen unterschiedliche Bestimmungen zum Aufenthaltsrecht und zu derivativen Teilhabeansprüchen vor. In deutsches Recht umgesetzt wurde diese Richtlinie einerseits durch die Novellierung des FreizügG/EU, andererseits durch Anpassungen im materiellen Sozialrecht.

Eine Art Sockelfreizügigkeit garantiert Einreise und Aufenthalt bis zu drei Monaten „ohne weitere Bedingungen oder Formalitäten“. Allerdings wird das Aufenthaltsrecht dann doch davon abhängig gemacht, dass Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates „nicht unangemessen“ in Anspruch genommen werden.

Nach Ablauf der drei Monate differieren die gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltstitel und ihre sozialrechtlichen Verknüpfungen: Arbeitnehmer und Selbständige sind für den Fall der Inanspruchnahme von Sozialhilfe von hierauf gestützten aufenthaltsbeendenden Maßnahmen von vorneherein ausgenommen.³⁴ Studierende und sonstige Nichterwerbstätige müssen hin-

³⁴ Konsequenterweise eröffnet § 7 SGB II allen erwerbsfähigen Unionsbürgern, die ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland haben und aufenthaltsrechtlich als Arbeitnehmer oder Selbständige gelten, die Berechtigung zu Leistungen nach der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Die Anspruchsberechtigung nach dem SGB II schließt zugleich den Bezug von Sozialhilfe aus (§ 5 Abs. 2 SGB II). Wenn also Unionsbürger als Arbeitnehmer ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt nach §§ 7 ff SGB II in Anspruch nehmen, haben sie keine aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen zu besorgen. Gleiches gilt, wenn im Falle der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit unter bestimmten Umständen ihr Arbeitnehmerstatus nachwirkt (vgl § 2 Abs. 3 FreizügG/EU).

gegen bis zum Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen bzw deren Verfügbarkeit glaubhaft machen. Das Aufenthaltsrecht steht ihnen nur so lange zu, wie diese Voraussetzungen vorliegen; gleichwohl darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen aber nicht automatisch zur Abschiebung führen. Eine Sonderregelung kennt die Freizügigkeitsrichtlinie schließlich für Arbeitsuchende, die einen Ausweisungsschutz wie Arbeitnehmer und Selbständige genießen, solange sie nachweisen können, dass sie tatsächlich und mit Aussicht auf Erfolg Arbeit suchen.

Zugleich ermöglicht die Freizügigkeitsrichtlinie mit Art. 24 Abs. 2 zuwandernde Arbeitsuchende dauerhaft und sonstige nicht erwerbstätige Unionsbürger für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts von Sozialhilfeleistungen auszuschließen. Diese Differenzierungserlaubnis hat der Bundesgesetzgeber mit § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II genutzt.

Trotz des eindeutigen Wortlautes des Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie wurde und wird die Europarechtskonformität der Ausschlussklauseln im SGB II für zuwandernde arbeitssuchende Unionsbürger in zahlreichen Entscheidungen deutscher Sozialgerichte in Frage gestellt. Andere Spruchkörper in der Sozialgerichtsbarkeit hielten und halten dagegen.³⁵

In der Auseinandersetzung lassen sich zwei Phasen unterscheiden.

In einer ersten Phase konzentrierte sich die Auseinandersetzung auf die Primärrechtswidrigkeit eines solchen Ausschlussstatbestandes. Die Sozialgerichte beriefen sich in den einschlägigen Entscheidungen vor allem auf die Entscheidung des EuGH in der Rs. Collins. Nach dieser Entscheidung ist es legitim, wenn sich ein Mitgliedstaat einer tatsächlichen Verbindung zwischen einem arbeitssuchenden Unionsbürger, der eine steuerfinanzierte Unterhaltshilfe für Arbeitssuchende beantragt, und dem betroffenen Arbeitsmarkt vergewissern will.³⁶ Deshalb könne eine Mindestaufenthaltsdauer, z.B. in Form eines Wohnsitzerfordernisses, zur Voraussetzung für den Leistungsbezug gemacht werden. Ein solches Kriterium sei jedoch nur zulässig, wenn es nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgeht. Eine Mindestaufenthaltsdauer müsse deshalb auf den Zeitraum begrenzt werden, der ausreicht, um sich vergewissern zu können, dass der Betroffene durch seine Arbeitssuche eine tatsächliche Beziehung zu dem Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates hergestellt hat.³⁷

Im Umkehrschluss könnte man aus der Entscheidung des EuGH in der Rs. Collins folgern, dass der dauerhafte Ausschluss eines zur Arbeitssuche in einen Mitgliedstaat einreisenden Unionsbürgers eigentlich primärrechtswidrig ist. So argumentierte denn auch ein Teil der deutschen Sozialgerichte.

³⁵ Zusammengefasst bei *H. M. Heinig*, Art. 18 i.V.m Art. 12 EG als Schlüssel zur Teilhabe von arbeitssuchenden Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten an steuerfinanzierten Sozialleistungen in Deutschland, in: ZESAR 2008, S. 465 ff; *K. Hailbronner*, Ansprüche nichterwerbstätiger Unionsbürger auf gleichen Zugang zu sozialen Leistungen, in: ZFSH/SGB 2009, S. 195 ff.

³⁶ EuGH, Slg 2004, I-2703 (Collins); ebenso EuGH, Slg 2005, I-8275 (Ioannidis).

³⁷ EuGH, Slg 2004, I-2703 Rn 72 (Collins).

Der EuGH hingegen vermied mit seinem Urteil vom 04.06.2009 in der Rs. Vatsouras, der ein Sachverhalt aus Deutschland zugrundelag, sehr bewusst, den der Differenzierung in § 7 SGB Abs. 2 zugrundeliegenden Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie als primärrechtswidrig zu verwerfen.³⁸ Stattdessen legte der EuGH die Freizügigkeitsrichtlinie einschränkend aus: „Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als ‚Sozialhilfeleistungen‘ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.“³⁹

Mit dieser Grundsatzentscheidung des EuGH hat sich der Schwerpunkt der Auseinandersetzung in der deutschen Sozialgerichtsbarkeit nun erkennbar verschoben. Man folgt dem EuGH in der Strategie, der Frage der Primärrechtswidrigkeit auszuweichen, und konzentriert sich auf zwei Detailfragen: 1.) Ist die Grundsicherung für Arbeitssuchende als „Sozialhilfe“ zu bewerten oder als Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll? 2.) Lässt sich die Differenzierungserlaubnis, wenn schon nicht mit primärrechtlichen Diskriminierungsverboten, dann doch mit Hilfe des Koordinierungssozialrechts, konkret: Art. 4 VO 883/2004 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 und Art. 70 i.V.m. Anhang X der VO (EG) 883/2004 aushebeln?⁴⁰

Auf die Details dieser Rechtsfragen will ich in der Sache an dieser Stelle nicht eingehen, sondern mich mit zwei Hinweisen auf der Meta-Ebene begnügen:

1.) Die anhaltende Auseinandersetzung in der deutschen Sozialgerichtsbarkeit über die Europarechtskonformität des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II zeigt anschaulich, wie mitgliedstaatliche Gerichte ihrerseits vor dem Hintergrund einer in Deutschland traditionell rechtsstaatlich ausgeprägten Rechts- und Gerichtskultur aktiv Europäisierungsprozesse durch interpretative Rechtskonkretisierung befördern. Man darf vermuten, dass das historische Prä des Rechtsstaates vor der Demokratie in Deutschland bis heute in solchen Fragen nachwirkt. Allerdings dürfte in der konkreten Konstellation auch eine Rolle spielen, dass gerade in den unteren Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit eine Neigung zu beobachten ist, Bestimmungen zu Sozialleistungen leistungsextensiv auszulegen.

2.) Vor dem Hintergrund der oben angestellten solidaritätstheoretischen Überlegungen wären die Sozialgerichte jedenfalls gut beraten, bei der Deutung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte der europarechtlichen Vorgaben Überadaptionen zu vermeiden und die europarechtlichen Schonräume für lebensweltliche Solidaritätsformen und ihre Regenerationsbedingungen auch effektiv zu nutzen. Das spricht dafür, rechtsdogmatisch einerseits Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für Arbeitssuchende nach dem SGB II als Sozialhilfeleistungen im Sinne des Europarechts einzuordnen, andererseits Art. 24 II der Freizügigkeitsrichtlinie als *lex specialis* zum Koordinierungssozialrecht nach der VO 883/2004 zusehen.

³⁸ EuGH, Rs. C-22/08 (Vatsouras), Urteil vom 04.06.2009.

³⁹ EuGH, Rs. C-22/08 (Vatsouras), Urteil vom 04.06.2009 Rn 45.

⁴⁰ Vgl. etwa SG Berlin, Urteil vom 27.03.2012, Az. S 110 AS 28262/11 – juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 03.04.2012, Az. L 5 AS 2157/11 B ER, L 5 AS 2177/11 B PKH; LSG NRW, Beschluss vom 17.05.2011, Az. L 6 AS 356/11 BER – juris.

V. Ausblick

Ich komme zum Schluss – und damit noch einmal in Distanz zu den kleinteiligen Rechtsfragen: Von *Michael Stolleis* stammt der schöne Satz: „Wer Solidarität sagt, will etwas haben“.⁴¹ Er meint: Wer Solidarität beschwört, sucht einen rhetorischen Mehrwert in Umverteilungskämpfen. Das ist legitim. Doch normative Orientierung lässt sich aus dem Solidaritätsbegriff als solchen nicht gewinnen. Dazu ist er zu vielschichtig. Einzelne Elemente von Solidarität erweisen sich als gegenläufig, als komplementär. Der Großbegriff Solidarität gibt auch im Kontext der Unionsbürgerschaft aus sich heraus keine Antwort auf die entscheidenden Fragen: Welche Solidarität? Warum Solidarität?

Letztlich sind Antworten auf diese Fragen weder rechtlich noch sozialphilosophisch, sondern – wie stets bei Umverteilungskonflikten – primär politisch, d.h. normativ: demokratisch, zu gewinnen. Würde die Fortentwicklung von Solidaritätsansprüchen und -zumutungen in Europa diese Grundeinsicht beherzigen, wäre schon viel gewonnen.

⁴¹ *M. Stolleis*, Wer Solidarität sagt, will etwas haben, in: *Rechtsgeschichte* 5 (2004), S. 49 ff.